

**LA GLOBALIZACIÓN JURÍDICA Y EL REGRESO  
DE LAS SOBERANÍAS NACIONALES  
EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS:  
¿Hacia un punto de equilibrio razonable?**

*Comunicación de la académica de número María Angélica Gelli,  
en la sesión privada de la Academia Nacional de Ciencias  
Morales y Políticas, el 11 de julio de 2018*



# **LA GLOBALIZACIÓN JURÍDICA Y EL REGRESO DE LAS SOBERANÍAS NACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS: ¿Hacia un punto de equilibrio razonable? •**

Por la académica DRA. MARÍA ANGÉLICA GELLI

## **1. Los significados de globalización, entre los denuestos y los elogios**

Temida, denostada, considerada irreversible o signo de progreso de la sociedad humana, con sus aciertos y desmesuras, la globalización, además, plantea varios interrogantes.

Esos enigmas, sin embargo, pueden sintetizarse en dos cuestiones principales. En primer término sobre las particularidades del fenómeno y su sustancia o materia. Es decir, si configura un

---

• Presenté un esbozo de algunas de las ideas de esta Comunicación – que ahora desarrollo y amplío en las *Jornadas de Derecho Administrativo* organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral. Celebradas en el Salón Dorado de la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Buenos Aires, 4 a 6 de junio de 2018.

fenómeno de fusión o interrelación de la cultura occidental –quizás del sistema capitalista que se despliega en esa cultura- o, en cambio, de asimilación de un pueblo por el otro, cercano a la dominación. En segundo lugar se plantean incógnitas acerca del origen de la globalización, de su extensión geográfica según sea la materia que se homogenice y la viabilidad futura de tal experiencia cultural, incluida la preservación del liberalismo económico en sus diversas formas.

Por otro lado, ese proceso entre relaciones humanas y homogenización de comportamientos incluye –puede incluir- el comercio, las finanzas, la tecnología y, como ya se señaló, la cultura en su más amplia acepción, entre las que destacan las actitudes y conductas. En este último significado puede anotarse la caracterización de lo que Francisco denominó “*globalización de la indiferencia*” desestimándola en punto a que no existe espacio para ella frente a la deuda ecológica que han contraído los Estados.

<sup>1</sup> En esa dirección Francisco también hizo foco en la “*globalización del paradigma tecnológico*” sobre el cual emerge una prevención: “el modo como la humanidad de hecho ha asumido la tecnología y su desarrollo *junto con un paradigma homogéneo y unidireccional...*[porque] lo que interesa es extraer todo lo posible de las cosas por la imposición de la mano humana, que tiende a ignorar u olvidar la realidad misma de lo que tiene delante...De ahí se pasa fácilmente a la idea de un crecimiento infinito o ilimitado. Que ha entusiasmado tanto a economistas, financistas y tecnólogos. Supone la mentira de la disponibilidad infinita de los bienes del planeta, que lleva a «estrujarlo» más allá del límite”. <sup>2</sup> Como se advierte, late en estas expresiones una visión crítica –y tal vez pesimista- de la globalización tecnológica en especial que, se piensa, utilizada sin límites, hiere la naturaleza y afecta la cultura humana y la propia vida en el Planeta. Desde otra perspectiva no necesariamente antagónica con la anterior, sin embargo, se ha

---

<sup>1</sup> Cf. FRANCISCO, Papa –*Laudato Sí: sobre el cuidado de la casa común*- Roma, 24 de mayo de 2015. 1ª ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Conferencia Episcopal Argentina. Oficina del Libro. 2015. Párr. 52. Pág. 43.

<sup>2</sup> Cf. FRANCISCO, Papa –*Laudato Sí*. Ob. Citada. Párr. 106. Pág. 83 y ss. Las bastardillas son del original.

sostenido la posibilidad y la conveniencia de una “*globalización multilateral*”.<sup>3</sup> Una propuesta viable, se supone, aunque compleja de maximizar por una parte los beneficios del intercambio cultural y, por la otra, de respetar y resguardar la pervivencia de las identidades locales y el poder de decisión nacional.

La importancia de las conductas sociales, de las actitudes y las aspiraciones crean también un problema para los Estados cerrados en lo económico –cancelan el libre mercado y la competencia- y en lo político, suprimen la democracia y la disputa electoral entre partidos políticos diferentes. En prueba de ello cabe mencionar las sendas cortinas de hierro -durante la que se denominó «guerra fría»- y la de bambú, impuesta por China antes del empeño de este Estado por convertirse en una economía de mercado -un jugador poderoso en la economía mundial- aunque subsistan, en ese país, los límites en forma de obstáculos impuestos al acceso a *Internet*.

Como quiera que sea, la globalización derriba muros - aunque se pretenda mantenerlos- por las fisuras que producen las relaciones personales por causa del comercio y del turismo cuando estas actividades de algún modo se expanden y generan flujos de mercancías que afectan las industrias y el trabajo de los Estados nacionales. A su vez, las migraciones de personas desde países empobrecidos hacia los centrales -a más de los acuciantes problemas humanitarios- generan colisión de culturas e influencias recíprocas que se atraen y repelen a la vez. Esta acción humana, con mayor o menor intensidad según las épocas y las diferentes modalidades que ha asumido puede registrarse, por cierto, como una experiencia constante.

Por eso el fenómeno de las globalizaciones en expansión es resistido por algunos Estados que propician el regreso de las soberanías nacionales en materia de comercio o de decisiones

---

<sup>3</sup> Cf. PINEDO, Federico –*Desafíos de la democracia en el siglo XXI*- Ponencia Plenaria en el Encuentro Iberoamericano de Academias de Ciencias Morales y Políticas: Desafíos de la democracia en el siglo XXI: fortalezas y riesgos políticos, económicos, sociales, culturales e internacionales. Celebrado en la Casa de las Academias. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. República Argentina entre los días 7 y 8 de junio de 2018.

político - institucionales propias, éstas, dentro de las mismas uniones regionales que se concebían exitosas y de hecho lo fueron. De ello dan prueba las convulsiones en la Unión Europea.

De su lado, la tecnología al servicio de las comunicaciones flexibiliza las barreras impuestas y diluye las identidades nacionales y sociales produciendo, también, fenómenos muy curiosos de adopción y nacionalización de prácticas comunes en países centrales sobre los cuales, y al mismo tiempo, se generan críticas por los ciudadanos que adhieren a ellas y las incorporan a su vida cotidiana.<sup>4</sup>

## **2. La globalización jurídica de medios y de fines**

Sin duda, los distintos tipos de globalización que se han enunciado originan conflictos de interés y de idearios hacia adentro de los Estados nacionales y entre regiones enteras y países más poderosos. En consecuencia de ello emergen las globalizaciones jurídicas de medios, instrumentos normativos apropiados a fin de regular excesos, mantener equilibrios siempre inestables, resguardar identidades nacionales, preveer eventuales perjuicios a economías menos desarrolladas, controlar los dumping y el abuso de posiciones dominantes, en fin, resguardar el ambiente natural de daños graves. Convenios bilaterales y multilaterales entre Estados y organizaciones internacionales se celebran con estos objetivos sin desatender el desarrollo humano. De su lado, los Estados dictan normas internas de apertura y de protección ante las consecuencias no queridas de la globalización, procurando armonizar ambos intereses o resistiendo la situación por considerarla no sustentable o muy costosa para las sociedades nacionales.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> Solamente a título de ejemplo puede citarse en la República Argentina el suceso de lo que se denominó *rock nacional* –todavía vigente- y su primaria versión crítica de dominaciones varias.

<sup>5</sup> En ejemplo de las relaciones y las complejidades que se suscitan entre el ordenamiento regional y el local lo aporta, para nuestro país, el Tratado de Asunción que creó el MERCOSUR - Mercado Común del Sur- firmado por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay en marzo 1991. Este acuerdo

A más de ello, existe otra globalización jurídica, en este caso de fines y es la que busca universalizar un piso común y mínimo de derechos humanos para todas las personas en todo tiempo y espacio.<sup>6</sup> Es decir, de una nueva cosmovisión iusnaturalista concretada en el derecho positivo convencional. La globalización –internacionalización de los derechos humanos no es un medio para regular otras actividades o conductas globales sino un fin en sí misma de universalización y protección de la vida y la dignidad de la persona humana.

---

estableció como objetivo la integración para el desarrollo económico con justicia social. La finalidad debía alcanzarse “mediante el más eficaz aprovechamiento de los recursos disponibles, la preservación del medio ambiente, el mejoramiento de las interconexiones físicas, la coordinación de políticas macroeconómicas y la complementación de los diferentes sectores de la economía, con base en los principios de gradualidad, flexibilidad y equilibrio”. En 1994, la República Argentina modificó su Constitución e incorporó a la Ley Suprema el Art. 75, inc. 24 por el que se concedió al Congreso de la Nación la atribución de “aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes...” Pero, pese a los altos propósitos del MERCOSUR, a la constitucionalización de los tratados de integración y de la ampliación de número de miembros por los Estados incorporados a ese acuerdo, algunos en carácter de miembros asociados, persistieron los entorpecimientos en la circulación económica.

Un caso sentenciado por la Corte Suprema argentina –“*Whirlpool Puntana*”- expone las barreras locales a la integración plena. La actora proponía la inconstitucionalidad de la resolución 11/02 del entonces Ministerio de Economía e Infraestructura de la Nación, alegado la incompatibilidad de la norma con el Tratado de Asunción, dado que esa disposición creaba retenciones a la exportación en el ámbito del MERCOSUR. Según la Corte y en lo que aquí interesa, el conflicto se circunscribía a examinar si ese Tratado prohibía las retenciones pues si era así, debían prevalecer las normas convencionales (cf. consid. 6º). La Corte, para decidir, tomó en consideración el Art. 1º del Tratado en tanto establece el principio de libre circulación de bienes y servicios entre los países miembros mediante la eliminación de derechos aduaneros, restricciones no arancelarias o medidas equivalentes (consider. 9º y 12). Pero dado que el Preámbulo del Tratado declara que esos objetivos deben ser alcanzados...con base en los principios de gradualidad, flexibilidad y equilibrio (consider. 9º y 12) y que no existe en el Tratado de Asunción norma alguna que prohíba a los Estados parte establecer derechos de exportación a los países miembros, de modo concreto y actualmente operativo (consider. 15) la resolución cuestionada resulta constitucional. Cf. considerandos indicados en “*Whirlpool Puntana SA c/Dirección General de Aduana*” CSJ 61/2008 (44W) (2014).

<sup>6</sup> Enfatizo que los tratados y convenciones de derechos humanos declaran y obligan a los Estados firmantes a un piso mínimo de protección a fin de que la mayor cantidad posible de esos Estados se comprometan a respetarlos y firmen los tratados. En el orden regional de América un caso típico de esto que enuncio lo constituye el Art. 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Esta disposición en su numeral 1. declara que “toda persona tiene derecho al *uso y goce de sus bienes*. La ley puede subordinar tal *uso y goce* al interés social”. (Bastardillas agregadas). Como resulta sencillo de observar, en esa disposición no se garantiza de modo expreso el derecho a *disponer* de la propiedad, en deferencia que presta la Convención a los Estados que establecían la propiedad colectiva de los medios de producción o que no aseguraban la disposición de algunos bienes, como los inmuebles que eventualmente habitaran los miembros de sus sociedades recibidos, estos bienes, en una especie de comodato.

### 3. El contexto de la globalización jurídica en materia de Derechos Humanos

*“Si los derechos exaltan la libertad individual,  
los deberes expresan la dignidad de esa libertad”*

Preámbulo de la Declaración Americana de  
Derechos y Deberes del Hombre, 1948.

Puede citarse como un hito de la globalización jurídica o, quizás con más propiedad, regionalización jurídica en América, la IX Conferencia Interamericana celebrada en 1948, en Bogotá, en la que se aprobó una resolución a instancias de Brasil acerca de la *necesidad* de crear un organismo jurídico de protección de los derechos humanos, una Corte Interamericana para la protección de los derechos humanos en el continente.<sup>7</sup> Por cierto, esta Conferencia es relevante pues en ella se emitió la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre con anterioridad, vale recordarlo, a que se escribiera la Declaración Universal de Derechos Humanos, esta última el 10 de diciembre de 1948. Sin embargo, aquella resolución expresó una primera coincidencia de los países americanos en la creación de un tribunal para resolver controversias entre los Estados parte y sus habitantes. Un instrumento jurisdiccional que podía originar –y de hecho generó– tensiones hacia adentro de los Estados por el impacto que la actuación de una tal Corte regional produciría.

Debe señalarse, también, que América fue pionera en la declaración de derechos y de *deberes* y en la afirmación del presupuesto moral de estos últimos. Así lo expresó en el Preámbulo de la declaración antes mencionada: “Los deberes de orden jurídico presuponen otros, de orden moral que los apoyan conceptualmente y los fundamentan”. Toda una definición en circunstancias en que minorías muy intensas promueven el desprendimiento moral de la normativa jurídica y –lo paradójico en la defensa de los derechos humanos– formas de individualismo cerril.

---

<sup>7</sup> Cf. Resolución XXXI de la IX Conferencia.

Los compromisos regionales e internacionales –por lo menos en manifestaciones, declaraciones y celebración de convenciones- de *respetar, promover y proteger* los derechos humanos y *reparar* sus eventuales violaciones por parte de los Estados nacionales y sus organismos se sucedieron creando diferentes sistemas que, como se analizará, en algunos casos se superpusieron y causaron disputas acerca de su igual o diferente valor vinculante para los Estados comprometidos. Los sistemas finalmente perfilados son de dos tipos:

a) Los que brindan una protección política y *cuasi* jurisdiccional de los derechos humanos. En el orden internacional se ubican los Comités de Expertos o Seguimiento de los Tratados respectivos. Por ejemplo, la República Argentina otorgó jerarquía constitucional al Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que creó el Comité de Derechos Humanos, con competencia para *recibir y considerar* “comunicaciones” de individuos que aleguen violaciones a los Derechos consagrados en el Pacto; *examinar* esas comunicaciones, si no fueron sometidas a otro proceso de examen o arreglo internacional; *emitir observaciones* al Estado y al individuo y *emitir informes generales*.<sup>8</sup> Estos organismos no emiten, en estricto rigor, jurisprudencia internacional ni sus observaciones o informes son definitivos para el Estado parte aludido o involucrado. Aunque, por cierto, tienen espesor político en la comunidad internacional y los tribunales locales suelen invocarlos en sostén del alcance de las disposiciones regionales e internacionales, en ocasiones de manera retórica y como argumento de autoridad. Y,

b) Los que aseguran una protección *cuasi* jurisdiccional y jurisdiccional. Estos sistemas crearon organismos de aplicación al efecto. Existen también en el orden regional europeo y africano, con un diferente grado de desarrollo. Para América en general y para la República Argentina en particular a la luz de los reconocimientos que hizo el Estado, surgen de lo dispuesto por la Convención Americana de Derechos Humanos y de las

---

<sup>8</sup> Cf. en especial, Art. 1° y 5° del Protocolo Facultativo del PIDCyP. (Bastardillas agregadas).

competencias que conforme al tratado pueden ejercer tanto la Comisión de Derechos Humanos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Según lo dispone la convención mencionada, “El fallo de la Corte [Interamericana de Derechos Humanos] será *definitivo e inapelable...*” (Art. 67) y “Los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte [Interamericana de Derechos Humanos] *en todo caso en que sean parte*” (Art. 68).<sup>9</sup> Como bien se señaló en su momento en el dictamen del Procurador General argentino para poner en quicio el alcance del denominado «control de convencionalidad» -creación pretoriana de la Corte Interamericana en el caso “Almonacid Arellano Vs. Chile” (2006)- solo las sentencias de la Corte Interamericana en el caso concreto en que sea demandado y condenado el Estado Argentino tienen valor vinculante para el país.<sup>10</sup>

Estos sistemas de protección de los derechos humanos se han articulado en torno a varios principios:

**a)** la voluntariedad de los Estados en el reconocimiento de la competencia jurisdiccional del pertinente organismo, creado para dirimir casos contenciosos;

**b)** el desarrollo progresivo de los derechos humanos tal como lo establece el Art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Esta disposición puede abrirse en dos direcciones, la del tiempo razonable para concretar en cada Estado parte ese tipo de derechos y la del progreso hacia mayores disfrutes del bienestar económico, social y cultural para todos;

**c)** la aceptación de reservas formuladas por los Estados parte. Es decir, la posibilidad de que los Estados aclaren y establezcan el alcance de su compromiso internacional. Por ejemplo, la República Argentina formuló una reserva sobre el Art.

---

<sup>9</sup> Bastardillas agregadas.

<sup>10</sup> Cf. Dictamen del Procurador General de la Nación en el caso “Acosta, J. E. y otro s/recurso de casación. (C.S. A. 93, L XLV), emitido el 10 de marzo de 2010. Examiné el dictamen en GELLI, María Angélica - *El valor de la jurisprudencia internacional a propósito del caso “Bayarri” en un dictamen de la Procuración General de la Nación*- La Ley, 1 de junio de 2010. La Ley, 2010 -C.

21 de la Convención Americana de Derechos Humanos en el sentido en que “no quedarán sujetas a revisión de un Tribunal Internacional cuestiones inherentes a la política económica del gobierno. Tampoco será revisable lo que los Tribunales Nacionales consideren como “utilidad pública” o “interés social” ni lo que éstos entiendan por “indemnización justa”.<sup>11</sup> Del igual modo, en la aprobación legislativa de la Convención de los Derechos del Niño se declaró, a propósito del Art. 1º de la Convención, que “...el mismo debe interpretarse en el sentido de que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de la concepción y hasta los 18 años.”<sup>12</sup>

A estos principios de común aceptados pueden añadirse dos más:

**d)** el derecho al mejor derecho que deriva de la cláusula interpretativa establecida en el Art. 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos en tanto establece que “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:...b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo a leyes de cualquiera de los Estados parte o de acuerdo con otra convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella...”. Y,

**e)** la aceptación del margen de apreciación nacional en la interpretación de los derechos convencionales. Esta aceptación por parte de los organismos internacionales requiere la vigencia de los derechos humanos –del estado de derecho- y del respeto por las formas democráticas mediante la práctica de elecciones libres y competitivas en los Estados parte y constituye una deferencia de los tribunales regionales o internacionales hacia la interpretación nacional del alcance de los derechos humanos. El principio, sin embargo, no está exento de controversias en su aplicación, alcance

---

<sup>11</sup> La Convención Americana fue aprobada por la ley 23.054 (B.O. 27/3/1984). El instrumento de ratificación con la reserva aludida fue firmado el 14/8/1984.

<sup>12</sup> Cf. Art. 2º, 3er, párrafo de la Ley 23.849 (B.O 22/10/1990). Nótese que aquí es el Congreso de la Nación quien dispone -mediante la ley de aprobación de la Convención- qué debe de interpretarse por «niño». La ley se encuentra vigente.

y, en especial acerca del sujeto-tribunal que está habilitado para considerarlo y aplicarlo –el tribunal internacional o los tribunales de los estados nacionales- como se verá.

## **4. Regionalización y globalización del sistema de protección de los Derechos Humanos a los que se incorporó la República Argentina**

### **4.1. La regulación constitucional y sus desasosiegos**

La reforma constitucional de 1994 marcó un hito en el país en materia de derechos humanos, al otorgar jerarquía constitucional a varios tratados de protección de esos derechos en el Art. 75, inc. 22 de la Ley Suprema. Decisión convencional que suscitó mucho debate en sí misma y, luego, acerca de su interpretación y alcance.

Pero esta norma no estableció sólo y de modo escueto, la jerarquía constitucional de los tratados y convenciones allí enumeradas –y de los que en el futuro la adquirieran mediante un procedimiento especial y agravado establecido en el artículo mencionado- sino que lo hizo con una serie de aclaraciones y requisitos.

La disposición determinó la jerarquía de las convenciones sobre derechos humanos en las *condiciones de vigencia de los tratados*, declaró que las convenciones *no derogan artículo alguno de la Primera Parte de la Constitución* y que los tratados *deben entenderse complementarios de los derechos y garantías reconocidos por la Ley Suprema*.

El contenido pleno y la hermenéutica del Art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional ha generado, como ya se anticipó, considerable polémica en la doctrina nacional y ha dado lugar a una frondosa jurisprudencia en el país, en la que se fue estableciendo el alcance interpretativo de aquellos párrafos que otorgaron sentido y

significación a la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos en la República Argentina.

Sintetizando mucho la problemática diría que se plantearon tres cuestiones principales que dieron origen a respuestas jurisprudenciales, en algunos casos todavía no suficientemente consolidadas. En primer lugar cabe interrogarse acerca de cuáles son las condiciones de vigencia de los tratados: ¿el modo en que ingresan al sistema interno, con las eventuales reservas formuladas por el país y por las declaraciones unilaterales del Estado argentino, obligándose a más, respecto a lo que aseguran los tratados? ¿También según la vigencia que adquieran en el orden regional según la jurisprudencia que en ese orden regional se dicte? o ¿también en el orden internacional, en este caso emanada de organismos políticos o *cuasi* jurisdiccionales? Pero, ¿qué se entiende por jurisprudencia internacional y qué se incluye en ese concepto? ¿Cuál es, en consecuencia, el valor vinculante de los instrumentos que emiten los organismos regionales e internacionales -en caso de que lo tengan, estrictamente- dada la diferente jerarquía que como resulta notorio exhiben entre ellos?

En segundo término ¿qué implica la jerarquía constitucional de los tratados en su relación con la Ley Suprema y, por fin ¿qué significa que las convenciones no derogan artículo alguno de la Primera parte de la Constitución Nacional?

Las respuestas se fueron construyendo en dos niveles de decisiones judiciales, el nacional y el internacional. El primero, además, debió considerar, jerarquizar y eventualmente aplicar la doctrina o los fallos condenatorios para el Estado argentino emitidos por el segundo. De modo muy sintético pueden indicarse algunas reglas establecidas por la Corte Suprema hasta febrero de 2017 en que irrumpió, tal como se analizará, la sentencia del Tribunal nacional en el caso *“Ministerio de Relaciones y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso 'Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”*.<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> Cf. CSJ 368/1998 (34- M)/CS1 (2017).

Así, en primer término, a las condiciones de vigencia de los tratados, en tanto significan las obligaciones asumidas -a excepción de las reservas y las declaraciones interpretativas según reconocimiento doctrinario- se sumó el modo en que las Convenciones rigen en el orden internacional, tal como se examinará en el punto siguiente. En segundo lugar, y como una derivación de ello, la adopción por parte de la Corte Suprema del ejercicio del *control de convencionalidad* de la normativa local, tal como resultó del caso “*Mazzeo*” en 2007. A partir de esta sentencia –alguna doctrina consideró que exigía de los tribunales locales un necesario control estricto de *convencionalidad*- se emitieron otros fallos por parte del Tribunal argentino en que ese control pareció atenuado. En tercer término, se interpretó que la expresión referida a que los tratados no derogan ningún artículo de la Primera Parte de la Constitución significaba que las convenciones no los habían derogado pues la compatibilidad de éstas con la Constitución ya había sido constatada por los convencionales constituyente de 1994. En consecuencia, a los tribunales les quedaba la tarea de armonización entre las normas constitucionales y convencionales en los conflictos concretos que se presentaran.<sup>14</sup>

#### **4.2. Jueces nacionales y jueces regionales: armonización y vacilaciones**

Dado que los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional constituyen, huelga decirlo, normas vigentes en el orden local, cabe preguntarse quiénes son los que los interpretan en última instancia en el orden interno, ante su invocación por las personas en las controversias concretas que se suscitan entre el Estado y los habitantes del país y, también, es pertinente recordarlo, entre particulares en conflictos específicos planteados

---

<sup>14</sup> He examinado la cuestión en el derecho interno y la manera en que evolucionó, en especial las respuestas que dio la Corte Suprema de Justicia de la Nación acerca de los interrogantes planteados en este capítulo, en GELLI, María Angélica -*Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*. Quinta edición ampliada y actualizada. La Ley, Buenos Aires, marzo de 2018. Tomo II. Pág. 267/289.

ante los tribunales locales o ante los organismos administrativos que ejerzan algún tipo de *jurisdicción impropia*.

Está fuera de duda que en el orden local corresponde a los magistrados del Estado parte interpretar y aplicar las disposiciones de los tratados y, en el orden regional o internacional cabe lo propio a los organismos internacionales, en ese ámbito.

No obstante ya antes de la jerarquía constitucional que recibieron varios tratados de derechos humanos en 1994, la Corte argentina los había invocado para resolver conflictos concretos, junto con lo que denominó la *jurisprudencia internacional* que debía de servir de *guía de interpretación* de los tratados, pero sin establecer una jerarquía entre las fuentes regionales o internacionales a las que aludía. El caso más célebre citado frecuentemente y emitido antes de la reforma constitucional fue “*Ekmekdjian c/Sofovich*”.<sup>15</sup> En esta sentencia, además de los fundamentos derivados de la Constitución Nacional, del Pacto de San José de Costa Rica, de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, la Corte argentina hizo mérito interpretativo de la Opinión Consultiva 7/86 emitida por la Corte Interamericana, acerca del derecho de rectificación y respuesta consagrado en el Art. 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos.<sup>16</sup>

En virtud de lo dispuesto por el Art. 27 de la Convención de Viena los tratados tienen primacía sobre el derecho local. En una prueba de cooperación, armonización e integración internacionales, esa norma de la Convención citada dispone que “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el Art. 46”.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> Cf. consid. 21 de “*Ekmekdjian c/Sofovich*”, *Fallos* 315:1492 (1992).

<sup>16</sup> OC 7/86. CIDH. Pueden verse los distintos instrumentos emanados de diversos organismos internacionales citados por la Corte Suprema de Argentina en GELLI. Obra citada en nota 13. T I. Análisis del Art. 18 de la C.N. Punto 2. Pág. 373 y ss., y Tomo II, análisis del Art. 75, inc. 22. Punto 4.1. Pág. 268/273.

Ahora bien, la violación de un tratado puede provenir tanto de una ley como de la omisión de legislar en el sentido de asegurar la operatividad del ejercicio del derecho reconocido en el tratado. En consecuencia y en razón de que el Estado parte es quien está vinculado por la responsabilidad internacional que surge de violar derechos convencionales –aunque haya asumido la forma de estado federal- todos sus departamentos de poder deben respetar y actuar en consecuencia de lo que los tratados disponen.

En el ya mencionado fallo “*Mazzeo*”, la Corte argentina siguió a la letra lo sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “*Almonacid Arellano Vs. Chile*”. Dijo en este caso el tribunal regional que: “[la Corte Interamericana] es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. *Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que los obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos*”. En consecuencia de ello, sigue el tribunal regional “el Poder Judicial debe ejercer una especie de «*control de convencionalidad*» entre las normas jurídicas internas que aplica en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe *tener en cuenta* no solamente el tratado, sino también la *interpretación* que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, *intérprete último* de la Convención Americana”.<sup>18</sup> De esa doctrina surgió el reconocimiento del principio de legalidad

---

<sup>17</sup> El Art. 46 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados dispone que: 1. “El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación *sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno*. 2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe”. Cf. Ley 19.865 (B.O. 3/10/1972). (Bastardillas agregadas).

<sup>18</sup> Cf. párrafo 124 de “*Almonacid Arellano y otros vs. Chile*”. Excepciones preliminares. Fondo, Reparaciones y Costas. CIDH. Sentencia del 26/9/2006. Serie C. N° 154. (Bastardillas agregadas).

que deben de resguardar los jueces locales cumpliendo las leyes sancionadas en el orden interno y, al mismo tiempo, el deber de aplicar el control de convencionalidad teniendo en cuenta el tratado de derechos humanos –lo que resulta obvio, porque el Estado lo aprobó y ratificó- y la interpretación que del mismo hizo la Corte Interamericana. A propósito de esta última afirmación - ¿exhortación? ¿Admonición?- se suscita, en cambio, un problema referido al sentido y alcance de tal hermenéutica. Más adelante, la Corte argentina, quizás por el debate doctrinario que se originó - acerca de que tener en cuenta la interpretación de los tratados por parte de la Corte regional implica seguirla si es procedente, considerarla como argumento de autoridad solamente si resulta pertinente por la similitud o analogía de los casos en debate- pareció morigerar la regla de “*Mazzeo*”.<sup>19</sup>

En efecto, más tarde y en “*Videla*” el Tribunal dijo que “...esta Corte ha precisado que a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana es una *insoslayable pauta de interpretación* para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia, y que dicho tribunal internacional ha considerado que el poder Judicial debe ejercer una especie de «control de convencionalidad» entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tarea en la que debe tener en cuenta no solamente el tratado sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.<sup>20</sup> No obstante, esa insoslayable pauta de interpretación –no de aplicación automática, conviene diferenciarlo- fue de la mano de la necesidad de efectuar, también, *control de convencionalidad de oficio*, según la Corte Interamericana lo dispuso en “Trabajadores Cesados del Congreso

---

<sup>19</sup> Cf. consid. 21 del voto de la mayoría en “*Mazzeo, Julio Lilo s/recurso de casación e inconstitucionalidad*”. CSJN M. 2333. XLII. Fallos 330: 3248 (2007).

<sup>20</sup> Cf. consid. 8° de “*Videla, Jorge Rafael y Massera, Eduardo Emilio*”. C.S. V.281. XLV. Fallos 333: 1657 (2010). (Bastardillas agregadas).

vs. Perú” (2006), sentencia citada por la Corte argentina en “*Videla*”.<sup>21</sup>

A esas obligaciones de los poderes del Estado en general y de magistrados judiciales en especial se sumó, luego de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, una obligación adicional para los jueces locales quienes deben de aplicar esa norma, la que los neoconstitucionalismos denominan «*interpretación conforme*». <sup>22</sup> En este sentido el Art. 1° del Código mencionado dispuso que: “los casos que esta norma rige deben ser resueltos según las leyes aplicables *conforme* la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos en que la República sea parte”. <sup>23</sup> La norma implica que en la aplicación de las disposiciones del Código a fin de resolver los conflictos específicos, la interpretación requerida debe verificarse en primer lugar, de acuerdo a la Constitución Nacional y a los Tratados de Derechos Humanos. Dicho de otra manera, se ha establecido como obligación de los magistrados judiciales anteriores a la Corte Suprema, la consideración ineludible de la Constitución y de los Tratados de Derechos Humanos.

Por fin debe señalarse que aunque varias de las cuestiones mencionadas originaron dudas y no tuvieron una evolución lineal en la jurisprudencia argentina, existía a lo menos una certeza hasta febrero de 2017. De acuerdo a los Art. 67 y 68 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el fallo del tribunal regional era definitivo e inapelable y la República Argentina se comprometía a cumplir la decisión de este tribunal en todo caso en que fuera condenada por la Corte Interamericana. Por cierto, esas

---

<sup>21</sup> Cf. consid. 10 de “*Videla...*” . (Bastardillas agregadas). En este considerando la Corte argentina citó expresamente el caso “Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú”. Cf. párrafo 128 de “Trabajadores...”. CIDH. Excepciones Preliminares. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24/11/2006 Serie C. N° 158. En el mismo sentido cf. párrafo 339 de “Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos”. CIDH. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 23/11/2009. Serie C. N°209.

<sup>22</sup> Cf. GUASTINI, Riccardo –*La «constitucionalización» del ordenamiento jurídico: el caso italiano*- en Carbonell, Miguel (Editor). VVAA -*Neoconstitucionalismo(s)*- editorial Trotta. Madrid. 2da. Edición 2005. Pág. 63, Punto 2.5.

<sup>23</sup> El Código Civil y Comercial de la Nación entró en vigencia en agosto de 2015.

obligaciones para el Estado resultan más estrictas o flexibles según se hubieran redactado los «puntos resolutivos», las «decisiones» específicas de las sentencias regionales, con mayor precisión o, en cambio, con algún grado de indeterminación.<sup>24</sup>

### 4.3. Un caso paradigmático y sus secuelas. “*Fontevecchia y D’Amico*”

La obediencia a las sentencias de la Corte Interamericana ha originado –no obstante lo dispuesto en el Art. 68 del Pacto de San José de Costa Rica y no solamente en Argentina- problemas jurídicos complejos.<sup>25</sup> En nuestro país, además, el carácter vinculante de las sentencias condenatorias, ocasiona cuestiones de política institucional acerca de la calidad suprema de la Corte, establecida en el Art. 108 de la Constitución Nacional.

En la República Argentina un caso ilustra al respecto, la sentencia dictada por la Corte Suprema en “*Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto*”.<sup>26</sup> Por cierto existe un precedente anterior a esta sentencia, el caso “*Cantos*”.<sup>27</sup> Sin embargo, las

---

<sup>24</sup> Por ejemplo, si la CIDH resuelve que el Estado debe pagar una indemnización y las costas, no existen dudas acerca de lo que corresponde hacer. Pero si decide que Argentina debe de adecuar su legislación interna en un plazo razonable a fin de hacerla compatible con el texto del tratado, existen diferentes alternativas que puede adoptar el Poder Legislativo e, incluso el Poder Ejecutivo al reglamentar una ley para su pertinente aplicación. Puede suceder que en la controversia regional las leyes nacionales no sean suficientemente claras, o la interpretación dada no luzca armónica con las disposiciones convencionales o, también es posible, se carezca de ley oportuna. Por otro lado, surge el problema de determinar qué implica el «plazo razonable».

<sup>25</sup> Así sucedió, por ejemplo, en la República Oriental del Uruguay respecto al caso CIDH. “Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia del 24/2/2011. Serie C. N° 221 y Supervisión de Cumplimiento. 20/3/2013.

<sup>26</sup> Cf. “*Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso 'Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina' por la Corte Interamericana de Derechos Humanos*”. CSJ 368/1998 (34- M)/CS1 (2017). Votaron por la mayoría de fundamentos los jueces LORENZETTI, HIGHTON de NOLASCO y ROSENKRANTZ. Concurrió el juez ROSATTI y elaboró una disidencia el juez MAQUEDA quien mantiene el mismo criterio desde el caso “*Cantos*”, Fallos 326: 2968 (2003), en el sentido de que las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana debe cumplirse siempre.

<sup>27</sup> Cf. Fallos 326: 2968 (2003).

diferencias entre ambos precedentes son notables pues aunque en el segundo también se plantearon las dificultades para aplicar lo decidido por la Corte Interamericana, en una sentencia de condena al Estado argentino, el conflicto se suscitó –y sobre ello se argumentó por la mayoría del Tribunal- en torno a los efectos sobre terceros que no habían participado en la controversia regional. A más, de este fallo no emergió doctrina uniforme sobre las cuestiones examinadas.<sup>28</sup>

Por otra parte, en el caso “*Derecho*” (2011), la Corte Suprema, por mayoría, volviendo sobre su decisión anterior en la que confirmó una sentencia en la que se había declarado extinguida una acción penal por prescripción y –según afirmó- para dar estricto cumplimiento a lo ordenado por la Corte Interamericana en un fallo condenatorio para el Estado argentino, dispuso la revocatoria de su propia sentencia, dejó sin efecto el fallo anterior y mandó dictar nuevo pronunciamiento con arreglo a lo resuelto en la instancia regional.<sup>29</sup> En consecuencia, puede afirmarse que la sentencia de la Corte Suprema en “*Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto*” significó un cambio argumentativo en la jurisprudencia del Tribunal acerca de los problemas que genera el cumplimiento de algunas decisiones de la Corte Interamericana.

El fallo “*Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto*” fue causado por las solicitudes de las oficinas ministeriales del Poder Ejecutivo Nacional a fin de que el Tribunal diera cumplimiento, *en lo que corresponda y de conformidad con su competencia* a lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso «*Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina*». En el proceso regional –después de agotadas todas las instancias en el orden

---

<sup>28</sup> Analice la decisión de la Corte argentina -*Resolución 1404/03*”, *Fallos* 326: 2968 (2003) y así lo señalé en GELLI, María Angélica -*La supremacía de la Corte argentina y la jurisprudencia internacional*. Entre el Poder y la Justicia (los espacios de la Corte Suprema). Revista Jurídica La Ley 2003-F- 1454. A estas observaciones me remito.

<sup>29</sup> Cf. consid. 3º y 5º de la mayoría de fundamentos integrada por los jueces HIGHTON de NOLASCO, PETRACCHI y ZAFFARONI en “*Derecho*” C.S. D. 1682. XL (2011). Concurrió con su voto el juez MAQUEDA. No votó el juez LORENZETTI. (Bastardillas agregadas).

local- la Corte Interamericana había sostenido la violación de la libertad expresiva de Fontevecchia y D'Amico por parte del Estado argentino, tal como el Art. 13 del Pacto de San José la asegura.

Según la resolución del tribunal regional “el Estado *debe dejar sin efecto la condena civil* impuesta a los señores Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico, *así como todas sus consecuencias*, en los términos del párrafo del párrafo 105 la misma [sentencia]”.<sup>30</sup> En el párrafo indicado se había dispuesto que “el Estado *debe dejar sin efecto [las sentencias locales] en todos sus extremos, incluyendo en su caso, los alcances que éstas tengan respecto de terceros*, a saber: a) *la atribución de responsabilidad civil* de los señores Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico; b) *la condena al pago de una indemnización, de intereses y costas y de la tasa de justicia*; tales montos deberán ser reintegrados con los intereses y actualizaciones que correspondan de acuerdo al derecho interno y; c) *así como cualquier otro efecto que tengan o hayan tenido aquellas decisiones*. A efectos de cumplir la presente reparación, el Estado *debe adoptar todas las medidas judiciales*, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias, y cuenta para ello con el plazo de un año a partir de la notificación de la presente sentencia”.<sup>31</sup>

Al recibir el caso, la Corte Suprema rechazó la petición administrativa y, en cierto modo, desestimó lo que interpretó implicaba la resolución del tribunal regional. En tal dirección elaboró varias reglas: a) *en principio* las sentencias de la Corte Interamericana son obligatoria para el Estado argentino condenado, siempre que el tribunal regional se expida dentro de su competencia, establecida en la Convención Americana de Derechos Humanos;<sup>32</sup> b) los confines de la competencia de la Corte

---

<sup>30</sup> Cf. “Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina”. CIDH. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29/11/11. Serie C. N° 238, párrafo, 137. (Bastardillas agregadas). La condena a los periodistas argentinos en el orden interno -que llegó ante la instancia contenciosa de la Corte Interamericana- se originó en la publicación de noticias y fotografías referidas a un hijo extramatrimonial del entonces presidente de la Nación, Carlos Saúl MENEM, quien había demandado y logrado reparación en todas las instancias locales, por lo que consideró una vulneración de su derecho a la intimidad.

<sup>31</sup> Bastardillas agregadas.

<sup>32</sup> Cf. consid. 6, 13 y 20 de la mayoría de fundamentos y consid. 4°, último párrafo de la concurrencia del juez ROSATTI, en “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto”.

Interamericana provienen de: b) la misma organización y estructura del sistema regional ya que, éste, es subsidiario del sistema nacional. En consecuencia de ello, los habitantes de los Estados parte deben agotar las instancias locales antes de iniciar el proceso de denuncia ante la Comisión Americana de Derechos Humanos y es la propia Corte Interamericana quien ha reiterado que ella no constituye una cuarta instancia de apelación;<sup>33</sup> b) del ordenamiento jurídico interno de la República Argentina en tanto el Art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional declara -al disponer la jerarquía constitucional a los Tratados de Derechos Humanos allí enunciados- que esas convenciones “no derogan artículo alguno de la Primera Parte de la Constitución”. Entre esos artículos no derogados, según la Corte argentina, se encuentra el Art. 27 que preserva los “principios de derecho público establecido en la Constitución”, por sobre los tratados con las potencias extranjeras. Entre tales principios luce el de la supremacía de la Corte argentina, consagrada en el Art. 108 de la Constitución Nacional lo cual le impide al Tribunal revocar sus propias sentencias firmes.<sup>34</sup> En este punto surge un matiz de diferenciación que considero importante entre el voto de la mayoría de fundamentos y el de la concurrencia.

Como se advierte, la frase “no derogan artículo alguno de la Primera Parte de la Constitución” tiene en “*Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto*” un nuevo sentido. Hasta antes de emitida esta sentencia la cláusula había sido interpretada en varios precedentes de la Corte Suprema –como ya se anticipó– en el sentido de que los tratados *no habían derogado* ninguna norma de la Constitución. En esos precedentes el Tribunal argentino había considerado que los convencionales constituyentes ya había efectuado en 1994 el juicio de constatación acerca de la

---

<sup>33</sup> Cf. consid. 8° y 9° de la mayoría de fundamentos y Cf. 5° consid. de la concurrencia, en “*Ministerio...*”

<sup>34</sup> Cf. consid. 16 y 17 de la mayoría de fundamentos y consid. 5° y 6° de la concurrencia en “*Ministerio...*”.

compatibilidad de los tratados con la Constitución.<sup>35</sup> La consecuencia de ello salta a la vista: no procede el análisis de constitucionalidad de la Convenciones con jerarquía constitucional, aunque sí su armonización con las disposiciones de la Ley Suprema.

Pero, en 2017 y como ya se señaló, la mayoría de la Corte Suprema en “*Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto*” entendió que el Art. 27 de la Constitución constituía un “valladar infranqueable” para lo dispuesto por los tratados internacionales. A más y en esa dirección y de manera más decisiva, la concurrencia del juez *Rosatti* agregó que no es posible, sin más, de modo automático, hacer prevalecer “sin escrutinio alguno, el derecho internacional –*sea de fuente normativa o jurisprudencial*- sobre el ordenamiento constitucional”. Como puede advertirse, de este voto emergen límites muy precisos al *control de convencionalidad* que, para prosperar y resultar aplicable, no debe afectar la intangibilidad del derecho público argentino, aunque se trate de una sentencia de la Corte Interamericana.

Desde luego, el Estado argentino es responsable en el orden internacional por eventuales violaciones a los derechos humanos que se originen por la actuación de sus órganos de poder y ello produce efectos en el orden interno nacional, aunque esos organismos lo sean de las provincias o de los municipios. En consecuencia, cada uno de los *poderes*, en la medida de sus competencias, como bien dijo la mayoría de la Corte Suprema en “*Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto*”, debe compatibilizar el orden jurídico interno con aquellos compromisos internacionales y asegurar, al mismo tiempo y por medio de los instrumentos constitucionales, los derechos y garantías de quienes no han sido

---

<sup>35</sup> En varias sentencias, la Corte Suprema –o, con mayor precisión, algunos votos de sus ministros hasta que el criterio obtuvo mayoría en el Tribunal- ilustran al respecto: Cf. consid. 11, 12 y 13 de “*Chocobar, Sixto*”, Fallos 321:885 (1998); “*Monges, Analía c/Universidad de Buenos Aires*”, Fallos 319: 3148 (1996); “*Petric*”, Fallos 321: 885 (1998); “*Cancela*”, Fallos 321: 2637 (1998).

La interpretación contraria –es decir la que consideraba que la manifestación constituyente acerca de que “los tratados no derogán...” significaba que “no debían derogar” y que si lo hacían debía prevalecer la normativa constitucional- fueminoritaria. Así lo sostuvieron los entonces jueces FAYT y BELLUSCIO. Cf., respectivamente, “*Arancibia Clavel*”, Fallos 327: 3313 (2004) y “*Petric*”, Fallos 321: 885 (1998).

oídos en el proceso regional y pueden verse afectados por las decisiones tomadas en ese ámbito contencioso.

Por otra parte, conviene reparar en el sugerente principio elaborado por la concurrencia del juez *Rosatti*, a pesar de que por ahora se trata de un voto emitido en soledad. El magistrado hizo mérito de la «esfera de reserva» que emana del Art. 27 de la Constitución Nacional disposición en la que, según el juez, se origina «un margen de apreciación nacional» al momento de la aplicación de los Tratados de Derechos Humanos. En consecuencia de ello emerge la necesidad de recurrir a una *interpretación armónica* entre lo dispuesto por la Corte Interamericana y el ordenamiento constitucional argentino.<sup>36</sup> Porque, conviene tenerlo presente, el Estado cuando firma y ratifica tratados de cualquier tipo, se obliga a sí mismo y no debe borrar por vía oblicua aquello a lo que se comprometió en el orden internacional. En algunos casos para proteger derechos humanos en sentido estricto. En otros, además, para preservar la seguridad jurídica y la confianza internacional en la República Argentina.

El fallo suscitó mucha controversia pues la Corte argentina afirmó su carácter de suprema en el orden jurisdiccional interno con los efectos que ello tuvo –por lo menos en el plano de los signos expresados- sobre el valor vinculante de una sentencia de la Corte Interamericana, condenatoria para el Estado nacional.<sup>37</sup>

De todos modos, la resolución de la Corte argentina no afectó, en los hechos, las facultades y garantías convencionales de quienes recurrieron a la instancia internacional, salvo por la crítica

---

<sup>36</sup> Cf. consid. 5º y 7º de la concurrencia en “Ministerio...”. Analicé la sentencia y sus implicancias, con mayor amplitud en GELLI. Ob. citada en la nota siguiente.

<sup>37</sup> La Revista Jurídica La Ley dedicó una Edición Especial a analizar la sentencia. Publicaron allí GARAY, Alberto F. –*En ocasiones necesitamos a lo obvio-*; GARGARELLA, Roberto –*La autoridad democrática frente a las decisiones de la Corte Interamericana*; PÍZZOLO, Calógero –*¿Ser “intérprete supremo” en una comunidad de intérpretes finales?*; SANTIAGO, Alfonso –*¿Desobediencia debida? ¿Quién tiene la última palabra?*- ; SOLA, Juan Vicente, GONZÁLES TOCCI, Lorena y CAMINOS, Pedro A. –*La Corte Suprema y la Corte Interamericana*; ZUPPI, Alberio L. y DELLUTTI, Rodrigo –*Comentario a un diálogo entre quienes no se escuchan. La decisión de la Corte Suprema en el caso “Fontevicchia y D’Amico c. Republica Argentina”*, y GELLI, María Angélica –*Los alcances de la obligatoriedad de los fallos de la Corte Interamericana y la reivindicación simbólica de la Corte argentina-*.

que suscitó en el Tribunal argentino por el derrotero que tomó la Corte regional que había reconocido la procedencia de sus reclamos. Por cierto, existe una modificación de la doctrina jurisprudencial hacia adentro del Estado argentino, pero no se han desconocido las obligaciones internacionales, por lo menos referidas a los amparados en el orden internacional y a quien obtuvo reconocimiento de sus derechos en el orden local antes del proceso internacional.

Pese a ese alcance, diríamos morigerado en los derechos de los afectados, después de emitida la sentencia de la Corte Suprema, se petitionó a la Corte Interamericana a fin de que el Estado Argentino diera cabal cumplimiento al fallo regional en la ejecución de esa sentencia. En la audiencia que se celebró al efecto el 21 de agosto de 2017, los representantes del Estado –jefatura que por disposición constitucional inviste el presidente de la Nación– bien alegaron que en el país rige la división de poderes y la independencia del Poder Judicial.

La decisión de la Corte argentina frente a la sentencia emitida por la Corte Interamericana y luego de la presentación de las partes ante el tribunal regional motivó la resolución de este órgano jurisdiccional quien *valoró* los esfuerzos de Argentina por cumplir los fallos regionales; se *quejó* ¿deploró? el cambio de jurisprudencia de la Corte Suprema y, según lo interpreto, *concilió* la controversia interpretando que pueden dejarse sin efecto las sentencias locales de varias maneras, que es lo que había dispuesto el tribunal regional, sin necesidad de revocarlas.<sup>38</sup>

Finalmente, la Corte argentina, a la vista de lo resuelto en el proceso de ejecución de sentencia por la Corte Interamericana emitió una breve resolución. Dijo allí que el tribunal regional había *aclarado* que ella no tenía necesidad de revocar su sentencia, para cumplir el fallo de la Corte Interamericana; manifestó seguir la

---

<sup>38</sup> Cf. párr. 17, 25, 23, 26, 21, 16 y 35 del Caso Fontevecchia y D'Ámico vs. Argentina. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 18 de octubre de 2017.

*sugerencia* que, ésta, le formulaba en el sentido de emitir otro acto jurídico, por ejemplo, anotando que la sentencia local había sido declarada violatoria del tratado. Sin embargo, luego de todo ello, en la parte resolutive, la Corte Suprema decidió anotar que la sentencia del Tribunal argentino había sido declarada *incompatible* con el Tratado en el ámbito regional.<sup>39</sup>

#### **4.4. La intensidad evolutiva de la Corte Interamericana y de la Comisión Americana**

Las tensiones y eventuales resistencias que se generen hacia adentro de los Estados parte por las decisiones jurisdiccionales de la Corte Interamericana pueden incrementarse por las opiniones consultivas del tribunal regional o las resoluciones, informes y recomendaciones emitidas por la Comisión Americana.<sup>40</sup> Más todavía si estos organismos intensifican y deslizan el uso de sus respectivas competencias, rozando decisiones de fuerte contenido político o ideológico. Una sentencia y dos opiniones consultivas, ambas de la Corte Interamericana y una solicitud de opinión consultiva peticionada por la Comisión Americana constituyen paradigmas de esas situaciones.

##### **4.4.1. Las sentencias regionales. Otro caso para considerar: “Penal de Castro Castro” vs. Perú”**

Las sentencias emitidas por la Corte Interamericana declarando que un Estado parte vulneró determinadas disposiciones convencionales en perjuicio de los denunciantes, pueden incluir entre los remedios que se disponen, las denominadas *reparaciones simbólicas*. El tribunal regional, suele declarar que la misma sentencia que dicta es también una reparación simbólica. Y, en este

---

<sup>39</sup> Cf. Resolución C.S. N° 4017/17. Expte. 6439/12. C.S. (5 de diciembre de 2017). Examiné estos *entredichos* jurisdiccionales en GELLI, María Angélica. Ob. Citada en nota 14. Tomo II. Pág. 287/88.

<sup>40</sup> Ver nota 24.

punto, no puede menos que coincidir con el tribunal, pues quienes vieron afectados sus derechos y garantías reciben, con el fallo, la declaración formal y pública de que el Estado bajo cuyo amparo aquellos derechos fueron vulnerados obró mal.

A más de ello, la Corte Interamericana ha ordenado otras reparaciones simbólicas más específicas y, en algunas circunstancias, controversiales. Fue en el caso “Castro Castro vs. Perú”, en que ese tipo de reparaciones generó un conflicto adicional en la sociedad peruana a propósito del accionar terrorista de la organización insurgente conocida como “*Sendero Luminoso*” y de la represión estatal que le siguió, en la que se violentaron de modo grave derechos humanos de las personas comprometidas con aquel accionar también ilegítimo.<sup>41</sup> Los hechos y el conflicto que llegaron a conocimiento de la Corte Interamericana referían, concretamente, a la represión aplicada a quienes encarcelados y pertenecientes a esa organización –según alegó el Estado– habían intentado la fuga del Penal Miguel Castro Castro. En esa acción que duró varios días, se produjeron gravísimas violaciones de una serie de derechos, en especial a la vida, a la integridad física y a la dignidad de las personas que habían pertenecido a *Sendero Luminoso*, incluidas las que afectaron a las mujeres, particularmente crueles y agraviantes para la condición femenina.

La sentencia de la Corte Interamericana que condenó esas acciones estatales, incluyó una reparación simbólica singular. El tribunal regional dispuso que los nombres de los fallecidos en la represión estatal a los encarcelados en el Penal Castro Castro se incluyeran en las piedras que rodeaban al monumento conocido como “El Ojo que Lloró”. Este monumento, emplazado en la ciudad de Lima y construido por la artista *Lika Mutai*, conmemoraba a los muertos en el conflicto armado desatado por aquella organización.<sup>42</sup>

---

<sup>41</sup> El nombre oficial de *Sendero Luminoso* fue el de Partido Comunista del Perú. Se lo consideró una organización terrorista que provocó, además, el desplazamiento de las poblaciones indígenas del país por las acciones que realizaba. Comenzó a actuar en la década de 1980.

<sup>42</sup> Cf. “Penal Miguel Castro Castro vs. Perú”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 25 de noviembre de 2006. Serie C. N° 160. Examiné con mayor extensión los hechos, la afectación particularmente grave de los derechos de las mujeres detenidas, de la sentencia, de sus repercusiones y rechazos por unos y otros en GELLI, María Angélica -*Las reparaciones simbólicas por la*

La decisión de la Corte Interamericana, en ese aspecto, desató una controversia de proporciones en el Perú. Varias personas abogaron por la destrucción del monumento conmemorativo que incluía –o pretendía incluir– a todas las víctimas del conflicto armado y hasta su presidente de entonces *Alan García* dijo estar indignado con la resolución del tribunal regional. Opinión que no compartió el escritor *Mario Vargas Llosa* para quien “El Ojo que Lloró” buscaba forjar una cultura de la paz. Todavía hoy, en 2018, el memorial es centro de polémicas y sufre ataques destructivos. Quizás no siempre pueden resolverse en toda su integridad conflictos de ese tipo, mediante una sentencia que quiera reparar con signos y símbolos, heridas muy profundas en la sociedad. Ello requiere, así lo interpreto, extremar la prudencia judicial para no exacerbar los enconos, si lo que se busca es construir una paz duradera.

#### **4.4.2. Las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana: dos emitidas, y otra solicitada por la Convención Americana**

La intensidad evolutiva de Corte Interamericana en la defensa de los derechos convencionales según su propio ideario y, así lo entiendo, más allá del texto de los tratados, se puso en evidencia en la Opinión Consultiva 24/2017 solicitada por Costa Rica. El Estado había requerido del tribunal regional que interpretara la protección eventualmente brindada por la Convención Americana de Derechos Humanos al cambio de nombre de las personas, de acuerdo con la identidad de género auto-percibida por cada una de ellas, tanto como al reconocimiento de los derechos patrimoniales derivados de un vínculo entre personas del mismo sexo.<sup>43</sup>

---

*violación estatal de los derechos humanos. (A propósito del caso “Castro Castro vs. Perú”)- La Ley. Suplemento Constitucional. Buenos Aires, marzo de 2007.*

<sup>43</sup> Cf. Opinión Consultiva OC-24/17 solicitada por la República de Costa Rica - identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. CIDH, 24 de noviembre de 2017. Serie A. N° 24.

En *opinión* de la Corte Interamericana el cambio de nombre y en general la adecuación de los registros públicos y de los documentos de identidad para que sean conformes a la identidad de género auto-percibida constituye un derecho protegido que deben de garantizar los Estados; también constituye una obligación estatal el reconocimiento de la identidad de género a las personas para el goce pleno de otros derechos humanos. Todo ello, según el tribunal regional, fundado en el derecho al libre desarrollo de la personalidad; a la privacidad; al reconocimiento de la personalidad jurídica y el derecho al nombre, a la vida familiar y a la igualdad. A más de ello, la Corte Interamericana puntualizó que para formalizar el trámite administrativo o notarial debía requerirse, únicamente, el consentimiento libre e informado del solicitante “sin que se exijan requisitos como certificaciones médicas y/o psicológicas u otros que puedan resultar irrazonables o patologizantes (sic) y debe ser confidencial”

El razonamiento de la Corte regional hizo foco decidido en la defensa de las distintas modalidades de familia –las constituidas por parejas heterosexuales o parejas del mismo sexo- para resguardar estrictamente el derecho a la igualdad y extender de ese modo el texto de la Convención en punto al alcance del derecho reconocido en el tratado y, tal como se expresó, del “hombre y la mujer a contraer matrimonio y fundar una familia”. Pero, al emitir el dictamen, la Corte Interamericana dijo algo sorprendente, no sobre la cuestión sustantiva sino sobre los fundamentos que no debían invocarse, no considerarse, para resolver. El tribunal regional sostuvo que “*las convicciones religiosas o filosóficas* no pueden condicionar lo que la Convención establece respecto de la discriminación basada en orientación sexual” ya que crear una institución que produzca los mismos efectos y habilite los mismos derechos que el matrimonio, pero que no lleve ese nombre carece de cualquier sentido, salvo el de señalar socialmente a las parejas del mismo sexo con una denominación que indique una diferencia sino estigmatizante, o por lo menos como señal de subestimación”.<sup>44</sup>

---

<sup>44</sup> Cf. OC 24/2017. Párrafos 223 y 224.

No obstante y sin abrir juicio acerca de las convicciones de la Corte Interamericana expuestas en su opinión, caben dos críticas a la afirmación de este tribunal acerca de que no deben considerarse las convicciones, a lo menos las filosóficas, para *condicionar* lo que la Convención establece.

La primera corrió por cuenta del lúcido análisis de *Sagüés* quien bien señaló la contradicción entre rechazar las convicciones para interpretar el Tratado y, al mismo tiempo, recurrir a las propias de la Corte Interamericana *en materia de igualdad* para definir el concepto de familia.<sup>45</sup> En efecto, el tribunal regional afirmó “que la Corte considera que siempre y cuando exista la voluntad de relacionarse de manera permanente y conformar una familia, existe un vínculo que merece igualdad de derechos y protección sin importar la orientación sexual de sus contrayentes”. He ahí, expuesta en toda su literalidad, una cosmovisión acerca de la familia que surge de la interpretación extensiva efectuada por la Corte Interamericana.

La segunda objeción al dictamen del tribunal regional emergió del voto individual del juez *Vío Grossi* en la misma OC 24/2017. Según este magistrado la posición de la Corte Interamericana, *sin dar explicación o fundamento de ello*, acerca de las convicciones religiosas o filosóficas que resultarían inapropiadas para interpretar la Convención podría resultar en *discriminatoria* para esos discursos.<sup>46</sup> Sin olvidar, claro y lo

---

<sup>45</sup> Cf. SAGÜÉS, Néstor Pedro -La “convención viviente” en la opinión consultiva 24/2017 de la Corte Interamericana de Derecho Humanos- Revista Jurídica La Ley. Buenos Aires, Argentina, 29 de mayo de 2018.

<sup>46</sup> Cf. Voto individual –parcialmente disidente- del juez Eduardo VIO GROSSI en OC 24/2017. Párrafos 100 y, en especial, 101. El magistrado, también afirmó que el Art. 17.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en tanto reconoce el derecho de las personas a contraer matrimonio y a fundar una familia si los contrayentes tienen “la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación...”, envía al ámbito de la jurisdicción interna, doméstica o exclusiva de los Estados la determinación de las condiciones para ello, no está disponiendo que procede el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo, sino que las condiciones para contraer matrimonio, entendido como la unión entre un hombre y una mujer, no deben ser discriminatorias pues no se puede colegir que el matrimonio entre personas del mismo sexo ha sido reconocido, ni siquiera tácitamente y, por ende, ni aun aplicando la interpretación evolutiva, por el Derecho Internacional o por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, de esto se desprende que no existe la obligación internacional de reconocer o consagrar el matrimonio entre personas del mismo sexo y si

agrego por mi parte, que resulta casi imposible desprender las normas jurídicas de idearios, cosmovisiones, en fin, axiologías. La cuestión es quién las establece en la sociedad democrática y, antes de ello, cómo se descubren los valores que informan las normas para que no se conviertan en pura subjetividad.

Pero poco tiempo antes de emitir la OC 24/2017, la Corte Interamericana difundió la Opinión Consultiva 23/2017 en la que pretendió dar más peso a las doctrina que elabora y a las reglas que crea como tribunal jurisdiccional, en casos contenciosos, y como órgano consultivo. La cuestión interpretativa consultada fincaba acerca de las obligaciones estatales en relación con el medio ambiente y la protección y garantías del derecho a la vida y a la integridad personal. En lo que aquí interesa, la Corte regional estimó “necesario recordar que, conforme al derecho internacional, cuando un Estado es parte de un tratado internacional, como la Convención Americana de Derechos Humanos, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y legislativo, por lo que la violación por parte de alguno de dichos órganos genera responsabilidad internacional para aquél. Es por tal razón que [estimó] necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad para la protección de todos los derechos humanos, *también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia consultiva*, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, «la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos»”<sup>47</sup> Dicho de otra manera, la Corte extendió como criterio interpretativo para ejercer *una especie de control de convencionalidad*, también lo que ella dictamine a través de las opiniones consultivas que emita.<sup>48</sup>

---

ello no ha acontecido, tampoco la obligación de modificar las respectivas legislaciones nacionales a fin de permitirlo.

<sup>47</sup> Cf. Opinión Consultiva OC 23/2017 solicitada por la República de Colombia. CIDH. 15 de noviembre de 2017. Serie A. N° 23. Párrafo 28. (Bastardillas agregadas).

<sup>48</sup> Aunque la función consultiva de la Corte Interamericana frente a la contenciosa ha sido puesta en debate (OC 1/1982. CIDH. 24 de septiembre de 1982. Serie A. N° 1) puede citarse como un antecedente de la OC 23/2017 el voto del juez Rodolfo F. PIZA quien postuló que “la Corte. Al

Ante estas opiniones consultivas -¿podríamos llamarlas, desbordes de competencias?- conviene regresar al dictamen del procurador general argentino en el caso “Acosta, J. E.” ya mencionado, en el que puso de resalto que de acuerdo a lo dispuesto por la Convención Americana de Derechos Humanos, solo resultan vinculantes para el Estado las sentencias en las que fuera parte (Art. 68).<sup>49</sup> Podríamos agregar que según la sentencia de la Corte Suprema argentina -en el referenciado caso “*Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto...*”- y ello en el caso de que el tribunal regional se hubiera expedido dentro de su competencia específica y no más allá de ella.

Finalmente, para exponer hasta dónde parecen dirigirse los organismos del sistema americano en el control de las decisiones de los Estados que lo integran, cabe referirse a la opinión consultiva que le requirió la Comisión Americana a la Corte Interamericana en octubre de 2017 bajo la denominación *Democracia y Derechos Humanos en contextos de Juicios Políticos*.

A pesar de la designación tan general, en realidad las consultas requeridas no se refieren a los juicios políticos a los que pueden ser sometidas todas las personas sujetas -por las instituciones de los Estados partes- a ese tipo de procedimiento, sino a los “juicios políticos contra presidentes/as democrática y constitucionalmente electos/as”. En efecto, las preguntas fincaron acerca del «debido proceso»; la «protección judicial»; «el control judicial sobre el procedimiento» y el «control judicial sobre el resultado» de un juicio político llevado a cabo por «el Poder

---

descargar su función, especialmente la consultiva, vaya abandonado la tradicional reticencia de todo tribunal de justicia a declarar principios, doctrinas y criterios de interpretación que no sean los indispensables para resolver cada caso concreto de su conocimiento, y lanzándose, a pretexto de ese conocimiento formal, su misión más trascendente de crear jurisprudencia con la audacia, amplitud, intensidad y flexibilidad posibles, sin otra limitación que las fronteras insalvables de su competencia (...) *¡y un poquito más allá, si se puede*”. Cf. OC 4/1984. CIDH. 19 de enero de 1984. Serie A. N° 4. Voto separado del juez Rodolfo E. PIZA E. Párrafo 1. (Bastardillas agregadas). En cambio en la Opinión Consultiva 15/1997 la Corte dijo que “aun cuando *la opinión consultiva de la Corte no tiene el carácter vinculante de una sentencia en un caso contencioso*, tiene, en cambio, efectos jurídicos innegables”. Cf. OC 15/1997. CIDH. 14 de noviembre de 1997. Serie A. N° 15.

<sup>49</sup> Ver nota 10.

Legislativo contra los Presidentes/as democrática y constitucionalmente electos/as »<sup>50</sup> Juicios políticos llevados a cabo, conviene tenerlo presente, por legisladores que también deben ser elegidos democráticamente y conforme al sistema constitucional establecido en cada Estado. Tal vez por ello la Comisión se preocupó por inquirir, también, por el modo de asegurar que el control judicial sobre estos casos no implique un riesgo sobre “el principio de la separación de poderes y [el] sistema de pesos y contrapesos en una democracias”.<sup>51</sup>

Las preguntas más inquietantes, y tal como se señaló, las que implicaron la mayor interferencia en los sistemas políticos de los Estados fueron las que -partiendo del principio de legalidad- inquirieron acerca de cuáles serían las causales de procedencia de ese proceso: las de responsabilidad política, disciplinarias o de otra naturaleza; los casos en los que el juicio político podría, además de violatorio de los derechos individuales, afectar *desde una dimensión colectiva los derechos políticos de las personas que votaron por la persona enjuiciada* y, si ese fuera el caso, que salvaguardas deben de existir en la regulación y en la práctica para prevenir “*el uso de juicios políticos*” -por parte de del Poder Legislativo en contra de presidentes o presidentas elegidos democráticamente- “*como forma de golpe de Estado encubierto*”.<sup>52</sup> Como puede advertirse, la consulta pretende indagar -y quizás lograr por parte de la Corte Interamericana- el establecimiento de reglas generales hacia adentro de los Estados en orden a la estructura y funcionamiento del sistema político, como *control de los controles políticos*, no ya en un caso particular sino como criterio de limitación a uno de los poderes del Estado. Presuponiendo, además, que el golpe de Estado puede provenir de uno sólo de ellos, nada menos de quien inviste la representación

---

<sup>50</sup> Cf. Punto B, preguntas 1; 2; 2.1 y 2.2. de la Consulta de la Comisión Americana a la Corte Interamericana de Octubre de 2017.

<sup>51</sup> Cf. Punto B, pregunta 2.3. de la Consulta de la CADH.

<sup>52</sup> Cf. Punto B, preguntas 5 al 8. de la Consulta de la CADH. Cf., también, el pormenorizado análisis crítico de esta Consulta y sus antecedentes y efectos para los sistemas políticos de los Estados parte en VÍTOLO, Alfredo -*Ponencia*- Instituto de Política Constitucional de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Buenos Aires, República Argentina. 2 de mayo de 2018.

popular y, eventualmente, la representación federal en los Estado de ese tipo.

### **5. La prudencia, virtud cardinal de los jueces ¿Un posible punto de equilibrio en materia de derechos humanos ante el regreso de las soberanías nacionales?**

La globalización jurídica en materia de derechos humanos también puede atravesar crisis por el regreso de las soberanías nacionales perturbadas por lo que consideren un exceso en el ejercicio de las competencias de los organismos jurisdiccionales, *cuasi* jurisdiccionales o políticos, creados por los sistemas regionales o internacionales de defensa de esos derechos.

Esta cuestión debe considerarse, además, en el contexto de liderazgos políticos en países centrales que desconfían de la globalización de cualquier tipo, aunque sostengan idearios en algún punto encontrados.

Por otro lado, los jueces regionales –cuánto más los integrantes de los restantes organismos mencionados- pueden considerarse *contramayoritarios* por su forma de elección, remoción y conocimiento menguado por parte de las mayorías sociales de los Estados parte, quienes no pueden ejercer sobre ellos ningún control. La autoridad de la que disponen se origina en el propio sistema, en la competencia que les asignan los tratados y convenciones y en su personal prestigio y medida en el obrar.

Como se ha señalado al comienzo, el sistema puede dar de sí en la defensa de los derechos de las personas y constituir un valladar contra autoritarismos y dictaduras que los vulneren.

Pero los integrantes de esos organismos deben de actuar con la virtud cardinal propia de los jueces, la prudencia, respetando el margen de apreciación nacional de cada Estado parte, recordando

que los tratados y convenciones constituyen un piso mínimo y fuerte de derechos para todos, en todo tiempo y lugar. En especial, para no desnaturalizar el sistema. Para no desalentar a los Estados porque la exigencia de responsabilidad internacional constituye un reaseguro que no debiera perderse.

